



## **PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DI UNA MEDIAZIONE CIVILE OBBLIGATORIA “PURCHESSIA”\***

di

**Giuseppe D’Elia**

*(Professore associato di Istituzioni di Diritto Pubblico  
– Università degli Studi dell’Insubria)*

30 novembre 2011

1. La disciplina della mediazione civile, introdotta con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, è stata – da subito – investita da tanti e tali dubbi di legittimità costituzionale (<sup>1</sup>) da indurre, già solo per questo motivo, ad una riflessione sulla opportunità di introdurre, nel nostro sistema, strumenti alternativi di risoluzione delle controversie civili con carattere di generalità ed obbligatorietà. Quasi che, per quanto il sistema giudiziario italiano sia affetto da seri problemi che ne inficiano profondamente l’efficienza, la nostra società guardi con sospetto a soluzioni alternative che non siano altresì gestite da magistrati dotati di indipendenza istituzionalmente garantita.

Si sono, così, lamentati, e solo per ricordare alcuni dubbi di legittimità costituzionale rilevati in dottrina: un vizio di delega con riguardo alla previsione della obbligatorietà, della

---

\* Testo dell’intervento al Convegno «Mediazione e conciliazione in Italia e Svizzera: vere alternative al processo?», Università degli Studi dell’Insubria, 14 ottobre 2011, Como.

<sup>1</sup> Alcuni dei quali già sollevati davanti la Corte costituzionale: Cfr. Tar Lazio, I sez., ord. n. 3202 del 2011.

condizione di procedibilità <sup>(2)</sup> e della mancanza di professionalità del mediatore <sup>(3)</sup>; i maggiori costi che questo istituto comporta per le parti, minando il diritto alla tutela giurisdizionale <sup>(4)</sup>, anche sotto il profilo della discriminazione fra le parti <sup>(5)</sup>, gravando l'onere su chi abbia interesse alla soluzione della lite; una struttura degli organismi di mediazione in contrasto con i canoni del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione, con riguardo, in particolare, ai criteri di assegnazione delle controversie al singolo mediatore, di trasparenza e imparzialità, e alla assenza di criteri legali nell'ammissione all'organismo <sup>(6)</sup>; la previsione di una sanzione sulle spese processuali <sup>(7)</sup>, le quali dovrebbero invece essere un normale complemento dell'accoglimento della domanda <sup>(8)</sup>; una sfavorevole incidenza sulla ragionevole durata del processo <sup>(9)</sup>; una irragionevole differenza di disciplina fra contumacia e rifiuto di partecipare alla mediazione, perché il comportamento del convenuto che rifiuti di partecipare è valutabile come argomento di prova, a differenza del comportamento del contumace <sup>(10)</sup>; e, financo, «la creazione di una giurisdizione straordinaria o speciale» in deroga al dettato costituzionale <sup>(11)</sup>.

**2.** Ma il vizio di illegittimità costituzionale più macroscopico concerne, senza dubbio, il rapporto delegatorio, *ex art. 76 Cost.*, conseguente alla previsione, *ex art. 5 cit. d.lgs. 28/2010*, della mediazione come obbligatoria e come condizione di procedibilità dell'azione civile. In effetti, la legge delega (art. 60, legge 18 giugno 2009, n. 69) non contiene un principio espresso con riguardo alla obbligatorietà della mediazione. Anzi, dall'art. 60, comma 3, della legge delega emergono alcuni indici di segno opposto, che depongono nel senso della facoltatività.

---

<sup>2</sup> **G. Serges**, *La «mediazione civile» e la costituzione (riflessioni a margine dell'ordinanza Tar Lazio, sezione I, n. 3202 del 2011)*, in *Federalismi.it*, n. 15/2011, 14-15; **G. Scarselli**, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. 28/2010*, in *Foro it.*, 2011, V, 54-55; **D. Dalfino**, *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, in *Foro. it.*, 2010, V, 103.

<sup>3</sup> **G. Serges**, *Op. cit.*, 16-17.

<sup>4</sup> **G. Serges**, *Op. cit.*, 15-16; **R. Caponi**, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, in *www.judicium.it*, 4-5; **G. Scarselli**, *Op. cit.*, 55-56.

<sup>5</sup> **L. Dittrich**, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 584; **G. Scarselli**, *Op. cit.*, 57.

<sup>6</sup> **G. Scarselli**, *Op. cit.*, 58.

<sup>7</sup> **G. Monteleone**, *La mediazione «forzata»*, in *www.judicium.it*, 3; **G. Scarselli**, *La nuova mediazione: le cose che non vanno*, in *www.judicium.it*, 5.

<sup>8</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 303 del 1986.

<sup>9</sup> Anche in riferimento al dubbio se la mediazione debba essere esperita solo con riguardo alla domanda introduttiva del giudizio o anche con riguardo alle eventuali domande riconvenzionali, alla *reconventio reconventionis* e all'intervento di terzi: **L. Dittrich**, *Op. cit.*, 585.

<sup>10</sup> **L. Dittrich**, *Op. cit.*, 590; **G. Scarselli**, *Op. ult. cit.*, 2.

<sup>11</sup> **G. Monteleone**, *Op. cit.*, 3.

Tra questi indici, come si è da più parti osservato, rilevano in particolare: la lett. *n*), che prevede il dovere dell'avvocato di informare il cliente circa la «possibilità» di avvalersi dell'istituto della mediazione; ciò che allude, evidentemente, ad una facoltà e non ad un obbligo della mediazione stessa; la lett. *c*), che consentiva al legislatore delegato di generalizzare il modello di conciliazione societaria previsto dal d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, che introduceva, appunto, una conciliazione di tipo facoltativo, in quanto attivabile «su istanza della parte interessata» (art. 38) <sup>(12)</sup>.

Nemmeno il parametro del «rispetto della normativa comunitaria», contenuto nella cit. lett. *c*), appare sufficiente – con riguardo a questo profilo – ad integrare il rapporto delegatorio, consentendo così al legislatore delegato di introdurre una mediazione di tipo obbligatorio <sup>(13)</sup>. Questo perché, l'art. 5, § 2, Direttiva 2008/52/CE, espressamente lascia impregiudicata l'alternativa, consentendo al legislatore nazionale di prevedere la mediazione come facoltativa o come obbligatoria; per quanto non possa essere trascurato che la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011, sull'attuazione della direttiva stessa, al punto 10 «sottolinea che la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa [,] praticabile a basso costo e più rapida, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria».

Ma, anche ammessa la legittimità comunitaria della mediazione obbligatoria (transfrontaliera e interna), dal punto di vista del diritto nazionale è certo come questa scelta non possa essere esercitata in proprio dal legislatore delegato, concernendo un aspetto fondamentale dell'oggetto della delega. Sicché, la soluzione interpretativa che volesse ritenere che il legislatore delegante abbia rimesso la scelta al legislatore delegato, attraverso l'alternativa consentita dal diritto comunitario, esporrebbe la legge delega (e, conseguentemente, il d.lgs.), per questo aspetto, a un vizio di incostituzionalità per “difetto di delega”.

In realtà, in assenza di una espressa scelta nella legge delega per l'obbligatorietà della mediazione, il legislatore delegato non avrebbe potuto che realizzare un modello di mediazione facoltativa, perché le condizioni di procedibilità dell'azione (civile) sono necessariamente di stretta interpretazione, derogando al principio dell'azione incondizionata. Per questo aspetto, dunque, il vizio è di “eccesso di delega”.

---

<sup>12</sup> Mentre, non appare risolutivo il principio *ex* lett. *a*), nella parte in cui precisa che la mediazione debba essere prevista «senza precludere l'accesso alla giustizia», perché questo parametro significa che la mediazione non possa operare come una «condizione di proponibilità» – che già sappiamo illegittima secondo la giurisprudenza costituzionale (cfr., tra le altre, Corte cost., sent. n. 15 del 1991) – ma non anche che la mediazione non possa invece operare (con riguardo a questo esclusivo profilo) come una «condizione di procedibilità». *Contra*, tra gli altri, **G. Serges**, *Op. cit.*, 14-15; **G. Scarselli**, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. 28/2010*, cit., 54-55.

<sup>13</sup> Cfr., **G. Serges**, *Op. cit.*, 13.

**3.** Ma anche a voler sopassedere – per un momento – sul vizio di delega, l’obbligatorietà di questa mediazione, attraverso la sua configurazione come condizione di procedibilità, appare comunque in contrasto con gli artt. 24 e 113 della Costituzione.

Come sappiamo, secondo la giurisprudenza costituzionale, la giurisdizione non può essere sottoposta a «condizioni di proponibilità», che comportano «la decadenza dell’azione giudiziaria»<sup>(14)</sup>; mentre può essere bensì sottoposta a «condizioni di procedibilità», ma entro certi limiti. Si tratta, allora, di verificare se la condizione di procedibilità posta dell’art. 5 del cit. d.lgs. n. 28/2010 sia rispettosa di questi limiti.

La giurisprudenza costituzionale in tema di condizioni di procedibilità dell’azione civile – per vero – appare ancora priva di una sistemazione organica. Tuttavia, analizzando i casi oggetto di pronunce di costituzionalità, è possibile ricostruire uno “statuto” della «giurisdizione condizionata», secondo alcune certe direttrici<sup>(15)</sup>: a) il principio generale è quello dell’accesso immediato alla giurisdizione; b) questo principio generale può essere bensì derogato ma ragionevolmente e da norme di legge di stretta interpretazione; c) le deroghe devono essere volte a soddisfare un interesse pubblicistico<sup>(16)</sup>, diverso e ulteriore rispetto alla finalità deflattiva del carico giudiziario; d) e, infine ma non ultimo, questo interesse pubblicistico deve altresì vantare un tono costituzionale.

In particolare, quanto al preminente interesse pubblicistico di tono costituzionale, che rappresenta l’aspetto più problematico del decalogo, esso può ricavarsi ora dalla natura delle parti ora dalla natura del rapporto giuridico.

Con riguardo alla natura delle parti, quando una di queste sia un organismo pubblico, la Corte costituzionale ha più volte ritenuto legittima condizione di procedibilità il previo esperimento di ricorsi amministrativi, perché la natura pubblicistica dell’ente fa sì che lo stesso, dovendo agire nel rispetto della legge, sollecitato da un ricorso amministrativo, sarà messo nella possibilità di revisionare e conformare a legalità il proprio comportamento, senza attendere un

---

<sup>14</sup> Corte cost., sent. n. 15 del 1991.

<sup>15</sup> Cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 296 del 2008: «in tema di cosiddetta “giurisdizione condizionata”, emerge [dalla giurisprudenza costituzionale] che il principio generale è quello dell’accesso immediato alla giurisdizione ordinaria, che può essere ragionevolmente derogato da norme ordinarie, di stretta interpretazione (sent. n. 403 del 2007), solo in presenza di “interessi generali” o di pericoli di abusi (sentt. nn. 403 del 2007 e 82 del 1992) o di interessi sociali (sent. n. 251 del 2003) o di superiori finalità di giustizia (sent. n. 406 del 1993); circostanze che sono state ravvisate nel caso di controversie nascenti da rapporti di lavoro (sent. n. 82 del 1992) o di assicurazioni obbligatorie (sent. n. 251 del 2003), ma che non possono certo ravvisarsi nel caso di controversie con le Ferrovie, come non sono stati ravvisati in tema di attivazione di linea telefonica (sent. n. 403 del 2007) e in tema di ricorsi alle poste (sent. n. 15 del 1991)».

<sup>16</sup> Corte cost., sent. n. 113 del 1969, che ragiona espressamente di «preminente interesse pubblico».

provvedimento giurisdizionale <sup>(17)</sup>. È evidente, in questo caso, come l'interesse pubblicistico sia il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, *ex art. 97* della Costituzione.

Con riguardo alla natura del rapporto, emblematico è il caso offertoci dal tentativo obbligatorio di conciliazione davanti alla commissione istituita presso la Direzione Provinciale del Lavoro, il quale era evidentemente finalizzato a salvaguardare un interesse pubblicistico <sup>(18)</sup> di tono costituzionale, in quanto la composizione preventiva della controversia individuale di lavoro (*ex art. 409 c.p.c.*) è più coerente con il programma «di promuovere le condizioni che rendano effettivo» il «diritto al lavoro», predicato dall'art. 4 della Costituzione.

Del resto, che l'interesse pubblicistico sotteso alla condizione di procedibilità debba vantare un tono costituzionale altro non è che il portato della logica del bilanciamento dei diritti costituzionali.

Infatti, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, «non vi è dubbio che l'art. 24 della Costituzione enunci un principio fondamentale»: «che il diritto alla tutela giurisdizionale, già annoverato fra quelli inviolabili dell'uomo, va ascritto “tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio”» <sup>(19)</sup>.

Se, dunque, il diritto di agire in giudizio è un principio supremo, come non può essere conculcato da condizioni di proponibilità, così non può nemmeno essere attenuato da condizioni di procedibilità se non quando queste bilancino quel principio supremo con altri interessi di rilevanza costituzionale.

Si tratta, allora, di verificare se il catalogo dei rapporti sottoposti al regime obbligatorio della mediazione civile sia doverosamente assistito da un interesse pubblicistico di tono costituzionale. Il che evidentemente non è. Anzi, il catalogo dei rapporti sottoposti alla mediazione obbligatoria è stato da più parti <sup>(20)</sup> contestato come disegnato in modo occasionale e confuso, senza che sia ispirato ad alcun criterio e, quindi, tantomeno, al criterio

---

<sup>17</sup> Corte cost., sent. n. 47 del 1964.

<sup>18</sup> Corte cost., sent. n. 276 del 2000, ragiona letteralmente di «salvaguardare interessi generali».

<sup>19</sup> Corte cost., sent. n. 232 del 1989.

<sup>20</sup> Cfr., seppure in prospettiva diversa da quella seguita nel testo, **A. Carratta**, *La via italiana alla conciliazione: luci ed ombre nel d.lgs. sulla “mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali”*, in F. Auletta, G. P. Califano, G. Della Pietra, N. Rascio (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Jovene, Napoli, 2010, 151, il quale, tra l'altro, lamenta come il criterio seguito non sia né la natura della controversia né la natura delle parti; **L. Dittrich**, *Op. cit.*, 583-584; **A. Proto Pisani**, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 144.

della soddisfazione di interessi pubblicistici di tono costituzionale. Ciò che espone, altresì, questo catalogo a censure con riguardo anche al principio di ragionevolezza delle leggi, *ex art.* 3 della Costituzione.

4. Ma vi è un ulteriore requisito che deve essere soddisfatto. Perché non ogni modo di conciliazione può legittimamente veicolare l'interesse di rilevanza costituzionale che deroga al principio generale dell'accesso immediato alla giurisdizione.

Mi riferisco all'alternativa, suggerita da Francesco Carnelutti, tra composizione «giusta» e composizione «purchessia». Osservava, *ante litteram*, il Carnelutti come «la nota differenziale, delicata e preziosa», tra conciliazione e mediazione stia in ciò, che mentre «la mediazione mira a una *composizione contrattuale purchessia* senza preoccuparsi della sua giustizia; la conciliazione tende invece alla *composizione giusta*»<sup>(21)</sup>.

Detto in linguaggio moderno, ci dobbiamo domandare – per usare le parole di Francesca Ghirga – se questo strumento alternativo di risoluzione della lite rappresenti solo una «fuga dal processo» o addirittura una «fuga dal diritto»<sup>(22)</sup>.

L'intuizione, a mio avviso, è risolutiva per il costituzionalista, perché il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale non tollera strumenti alternativi che siano al tempo stesso obbligatori e non giuridici, in quanto il diritto di domandare giustizia significa diritto di ottenere una risposta secondo giustizia.

Dunque, qual è il modello di mediazione realizzato dal cit. d.lgs. 28/2010? È un modello di conciliazione giusta o un modello di conciliazione purchessia?

È evidente come la risposta riposi nella scelta di una professionalità dell'organo coerente e ragionevole rispetto alla sua funzione: se la conciliazione tende ad una composizione secondo giustizia, allora il mediatore non potrà non essere un tecnico del diritto (e non mi sembra opportuno spendere ulteriori parole su questa conclusione di evidenza palmare); se, invece, la conciliazione tende ad una soluzione purchessia, allora il mediatore potrà – se non addirittura dovrà – essere un non tecnico del diritto.

---

<sup>21</sup> **F. Carnelutti**, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Cedam, Padova, 1936, 174.

Per più recenti classificazioni e modelli, cfr. **F. Cuomo Ulloa**, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Cedam, Padova, 2008, 436 ss.

<sup>22</sup> **F. Ghirga**, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 371. V., anche, **F. P. Luiso**, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 325 ss.; **M. Bove**, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *www.judicium.it*, 8 e, per una panoramica dei modelli sperimentati nel nostro ordinamento, **S. Prisco**, *Mediazione dei conflitti e difesa civica*, in M. Fiorillo (a cura di), *Contributi per un'analisi sulla tutela dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2007, 44 ss.

In conclusione, quando – come in questo caso – la professionalità dell'organo è non giuridica, essendo il modello di mediazione volto ad una composizione purchessia della lite, non potrà altresì essere previsto come obbligatorio, e sanzionato con lo strumento della condizione di procedibilità <sup>(23)</sup>, perché ciò viola il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale.

---

<sup>23</sup> Come, anche, con sanzioni in ordine alle spese processuali (art. 13).